

Het primaat van de politiek bestaat niet meer

Over politieke rechtspraak, rechterlijk activisme en de legitimatie van rechterlijke oordeelsvorming

A F M Brenninkmeijer*

Inleiding

De stelling dat het primaat van de politiek niet meer bestaat, vormt de uitkomst van mijn bespreking van de onderwerpen die de redactie aan mij voorlegde: politieke rechtspraak, rechterlijk activisme en de legitimatie van rechterlijke oordeelsvorming ten aanzien van onopgeloste maatschappelijke vraagstukken.

Politieke rechtspraak vormt een lelijke uitwas van onmenselijke regimes die zich bedienen van een onvolkomen overheidsorganisatie. *Rechterlijk activisme* is inmiddels een veelbesproken fenomeen en vraagt meer aandacht. Uit de literatuur blijkt dat de rechter in de huidige tijd een activistische opstelling wordt toegerekend en daarbij wordt gewaarschuwd dat aan rechterlijk activisme gevaren verbonden zijn. Ik plaats activisme tegenover conservatisme en wijs beide opstellingen van de rechter af. Wat is de opstelling van de rechter bij toetsing van wetgeving en bij het vinden van juridische oplossingen voor nog niet in de wet geregelde twistpunten en maatschappelijke vraagstukken als die niet activistisch wordt genoemd? De beantwoording van deze vraag leidt tot het vervolg van mijn beschouwingen, waarin ik inga op de vraag wat de taak van de rechter is. Een van de kernbegrippen die ik daarbij verken, is het begrip 'discretionaire bevoegdheid'. Wetgever, bestuur en burgers hebben 'discretionaire bevoegdheden'. Hoe dient de rechter de uitoefening van die bevoegdheden te toetsen? Bij de beantwoording van deze vraag komt ook *de legitimatie van de rechtsvorming door de rechter* in verhouding tot de legitimatie van rechtsvorming door de wetgever en het bestuur aan de orde.

Het fundament

Hoewel de concrete uitwerking van de vele verschillende (deel)rechtsgebieden van onze rechtsorde zeer gedetailleerd is en wij daarom ten aanzien van vele maatschappelijke onderwerpen vaak tot op de komma precies kunnen aangeven welke eisen de rechtsorde aan menselijke verhoudingen stelt, heeft het fundament waarop ons juridische bouwwerk rust slechts vage contouren, waarvan de beschrijving vaak omstreden is. Onze Grondwet geeft hoofdzakelijk slechts enkele bevoegdheidsbepalingen voor de — voor het leven te benoemen — rechter. De taak van de rechter zou ook bijvoorbeeld benaderd kunnen worden vanuit de theorie van de machtscheiding, de *trias politica*. Probleem is echter dat de inhoud van de *trias politica* niet precies vaststaat en bovendien rijst de vraag of onze rechtsorde wel (geheel) naar de maten van deze gulden snede van de staatsinrichting is ingericht. Vastgesteld kan worden dat onze Grondwet zwijgt over de *trias politica*. In onze Grondwet worden staatsmachten geconstitueerd, die bepaalde bevoegdheden hebben. Aan de hand van deze verdeling van macht zou de vraag beantwoord kunnen worden of die machtsverdeling in meerdere of mindere mate aan de ideeën van de *trias politica* beantwoorden. Discussie blijkt echter mogelijk. Een belangrijke vraag is of de *trias politica* — in welke vorm dan ook — als *normatief uitgangspunt* voor onze rechtsorde geldt. Vreemd genoeg kan die vraag niet zonder discussie beantwoord worden, hoewel vaststaat dat voor de inrichting van een democratische rechtsstaat een scheiding van machten van *onmisbare* betekenis is.¹ Slaan wij een blik op de

* A F M Brenninkmeijer is lid van de Centrale Raad van Beroep en deeltijd hoogleraar Burgerlijk Procesrecht aan de UvA. Mr A G van Galen ben ik erkentelijk voor zijn waardevolle opmerkingen bij het concept van dit opstel.
1 M Scheltema, De rechtsstaat in *De rechtsstaat her gedacht*

red J W M Engels e a, Zwolle 1989, p 11 e v (14-15).
C A J M Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer 1990, p 283 e v.
Van der Pot, Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door I Prakke, Zwolle 1989, p 158 e v.

ontwikkeling van de Europese gemeenschap dan springt in het oog dat een scheiding van machten op Europees-constitutioneel niveau niet aangegeven kan worden.² Is het een teken aan de wand dat het Deense referendum in de eerste helft van 1992 in meerderheid een 'nee' tegen de uitkomst van de onderhandelingen in Maastricht eind 1991 opleverde en het Franse referendum een te kleine meerderheid? De democratische component van de Europese constitutie is zwak ontwikkeld. Het gevolg is dat de technocratische/bureaucratische inslag van het Europese recht overheersend is. Voor de vrijheid van burgers vormt dat een wezenlijke bedreiging. Op de achtergrond speelt de vraag wat het constitutionele fundament van de EG zal moeten zijn: intergouvernementeel of federaal? Zeker is dat de rechter in de EG — dat zijn zowel het Hof van Justitie als krachtens de jurisprudentie van dat Hof de nationale rechter³ — een sterke (en onafhankelijke) positie heeft. Kennelijk bestaat er over dat element van de machtscheiding consensus: de rechter moet onafhankelijk zijn en in het bijzonder onafhankelijk ten opzichte van wetgever en bestuur. Wetgever en bestuur genieten democratische legitimatie, terwijl de legitimatie van de rechter juist schuilt in zijn onafhankelijkheid en — traditioneel bezien — in de beperkte en *niet politieke* taak van de rechter om op basis van de wet recht te spreken.

Meer specifiek kunnen met betrekking tot de taak van de rechter de volgende fundamenteën worden aangewezen:

- 1 in een democratische rechtsstaat wordt de rechtsprekende functie uitgeoefend door een rechterlijke macht die onafhankelijk functioneert van de politieke staatsmachten: wetgever en bestuur;
- 2 de rechter is bij zijn oordeelsvorming gebonden aan de rechtsorde waarin hij functioneert. 'De rechter moet volgens de wet recht spreken, hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen'.⁴

3 'de rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen',⁵ en

4 rechtsweigering is niet toegestaan, in die zin dat de rechter gehouden is binnen een redelijke termijn uitspraak te doen in een aan hem voorgelegd geschil, ook al zwijgt de wet, is deze duister of onvolledig.⁶

Elk van deze fundamenteën zou tot uitvoerige beschouwingen kunnen leiden.

Ad 1 Betekent onafhankelijkheid van de rechter niet tevens dat de rechter geen oordeel mag geven over hetgeen wetgever en bestuur tot stand brengen?⁷

Ad 2 Dat de rechter volgens de wet recht moet spreken vormt wel een zeer beperkte weigering van de juridische werkelijkheid, omdat de rechter inmiddels een substantiele rechtsvormende taak heeft en bovendien de rechter vaak onder toepassing van het ongeschreven recht volgens het *recht* rechtsprekt.

Ad 3 Het toetsingsverbod heeft voor juristen wellicht zijn langste tijd gehad. In ieder geval heeft de NJV in haar vergadering in juni 1992 in overgrote meerderheid gestemd tegen handhaving van het toetsingsverbod.⁸

Ad 4 Het laatste fundament is weliswaar aanneemelijk, doch tevens kan de vraag worden gesteld of iedere vraag die — denkbaar — wordt voorgelegd aan de rechter ook een door de rechter te beantwoorden rechtsvraag vormt.⁹

De rechter komt tot een steeds ruimere taakopvatting. Als voorbeeld kan worden genoemd het regeringsbesluit om onder bepaalde voorwaarden kruisraketten op Nederlands grondgebied te plaatsen. Wanneer de rechter ook dat besluit vatbaar acht voor rechterlijke toetsing, heeft het er de schijn van dat de rechter met deze ruime uit-

2 FCI M. Crijns, *Het Europees perspectief van het Nederlandse staatsrecht* (Zwolle 1984) p. 73 e.v. en H.J. Seeler, Die rechtsstaatliche Fundierung der EG Entscheidungsstrukturen, *Europarecht* 1990 nr. 2 pp. 99-122.

3 G.M. Snoep, De nationale rechter: een vooruitgeschoven EG post?, *NJB* 1992 pp. 260-263.

4 Artikel 11 Wet algemene bepalingen.

5 Artikel 120 Grondwet.

6 Artikel 13 Wet algemene bepalingen.

7 Vgl. de Franse benadering van de *séparation des pouvoirs*: Y. Chevallier, *L'élaboration historique du principe*

de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active (Parijs 1970).

8 J.M. Polak-Lokker toetsen in Maastricht, *NJB* 1992 pp. 845-846.

9 Vgl. de benadering van E.M.H. Hirsch-Ballin, Onafhankelijke rechtsvorming: Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde in *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel* (Zwolle 1988) p. 211-237.

leg van zijn taak zelf de problemen in huis haalt.¹⁰

Er is echter nog een vijfde fundament waar ik op wil wijzen. Het betreft geen theoretisch uitgangspunt, doch een ervaringsgegeven. Mok heeft bij het debat over de bijdrage van Hirsch Ballin ter gelegenheid van het 150-jarig bestaan van de Hoge Raad twee stellingen van Drion uit 1973 in herinnering geroepen: 'de rechtsvorming door rechtspraak is oneindig veel minder belangrijk voor de samenleving dan de rechtsvorming door de wetgever' en 'het beeld van de rechter als "la bouche de la loi" geeft voor het merendeel van zijn beslissingen een realistischer beschrijving van zijn werk dan het beeld van de rechter als "rechtsvinder"'.¹¹ Opmerkelijk is dat in de laatste jaren vaker over 'rechtsvorming' door de rechter wordt gesproken en minder over 'rechtsvinding' dan voorheen. In deze bijdrage neem ik de rechtsvormende taak van de rechter onder de loupe, waardoor een uitvergroting ontstaat die de bestudering van het fenomeen vergemakkelijkt, waarbij echter niet uit het oog mag worden verloren dat de hoofdtak van de rechter 'gewoon' rechtspreken op basis van de wet is. Zo ervaar ik het in de dagelijkse praktijk en als dat niet zo was dan zou ik ander werk zoeken.

Politieke rechtspraak

Aan het begrip politieke rechtspraak hoeven slechts weinig woorden besteed te worden. Onder politieke rechtspraak versta ik rechtspraak onder miskenning of onder afwezigheid van een scheiding van machten: er is geen onafhankelijke rechter, de rechter functioneert als verlengstuk van de politiek. In principe kan politieke rechtspraak zich in twee richtingen manifesteren: de politieke elite bepaalt wat de rechter in concrete gevallen beslist of de rechter matigt zich een politieke rol aan.

Voorbeelden van de eerste vorm van politieke rechtspraak kunnen worden gevonden in de totalitaire communistische rechtssystemen zoals die bijvoorbeeld in de voormalige Sovjet-Unie en andere Oost-Europese staten bestonden en in de

Volksrepubliek China en Cuba nu nog bestaan. De rechter is orgaan van de volksdemocratie, waarbij de rechter slechts als verlengstuk van de partij wordt gezien en als zodanig behoort te functioneren. Er is geen sprake van een onafhankelijke rechterlijke macht.¹² De leidende rol van de partij impliceert dat er geen scheiding is tussen partij en staat. Alle staatsorganen worden ondergeschikt geacht aan de partij. Vergelijkbaar hiermee is de leidende rol van de kerk of van een religieuze stroming in een staat waar een scheiding tussen kerk en staat of religie en staat ontbreekt. Dit is actueel in fundamentalistische staten, waar religieuze teksten alléén bepalend zijn voor de inhoud van rechtsnormen en fundamentele rechten zoals erkend in internationale grondrechtenverdragen daaraan niet af kunnen doen. De straf van verminking van het lichaam wordt dan — kritiekloos — door de rechter opgelegd net zo goed als in communistische staten een vijand van de partij naar een psychiatrische inrichting wordt gestuurd.

In een democratische rechtsstaat is er een scheiding tussen kerk en staat en leidt een meerpartijenstelsel ertoe dat de staat als zodanig politiek neutraal is: de partijdemocratie stelt partijen in staat mee te dingen naar (tijdelijke) posities in het politiek staatkundige bestel.

De tweede vorm van politieke rechtspraak — de rechter matigt zich een politieke rol aan — doet zich minder snel voor, omdat veelal wetgeving en bestuur de rechter niet toestaan politiek een vooraanstaande rol te vervullen. Opmerkelijk is echter dat Montesquieu zijn visie op de theorie van de machtscheiding neerschreef, mede uit onvrede over het functioneren van de rechterlijke macht in zijn tijd.¹³ Ook in recenter tijd valt echter wel een voorbeeld te vinden van een politieke taakvervulling door de rechter. Daarvoor kan verwezen worden naar de opstelling van de Duitse rechterlijke macht bij de opkomst van het nationaal socialisme. Leijten noemt het voorbeeld van een uitspraak van een Düsseldorfer rechtbank uit 1938 waarin de rechter op eigen gezag een einde maakt aan de rechten van Joodse werknemers inzake het 'Gesetz auf dem Feiertagslohnanspräge':

10 HR 10 november 1989, *NI* 1991, 248, m.n. P.H. Koopmans. Overigens ging het hier wel om een rechtsvraag.

11 *NJB Speciaal Hoge Raad*, 1988, p. 1584.

12 D. Kaninskaya, *Final Judgement*, New York 1982, B. de Jong, interview met F. Netznansky, *Intermediair* 10 februari 1984 en Studiegroep Chinees recht, Vrije Universiteit

van Amsterdam, *Chinees recht*, Deventer 1981, p. 195 e.v.

13 Over de rechterlijke macht sprak Montesquieu de weinig vleiende woorden: 'si terrible parmi les hommes', hij wilde de rechtsprekende taak aan een college met wisselende samenstelling toebeden, A.F.M. Breninkmeijer, *De toegang tot de rechter*, Zwolle 1987, p. 128.

Es muss als ausgeschlossen angesehen werden der Gesetzgeber wollte die Juden auch heute noch von einem Nachteil bewahren oder ihnen eine Wohltat zukommen lassen ¹⁴

Het laatste voorbeeld toont dat ook het begrip politieke rechtspraak nauw verbonden is met vage noties berust niet iedere uitspraak door de rechter op politieke rechtspraak? Wellicht dat bij een vrij rechtlijnige — legistische — benadering sommige uitspraken van bijvoorbeeld de Hoge Raad op die wijze getypeerd zouden kunnen worden als 'politieke rechtspraak', met als motivering dat de Hoge Raad niet anders dan de nazistisch georiënteerde Dusseldorfer rechtbank een bepaalde wettelijke bepaling interpreterend opzij zet. Om bij de voorbeelden van Leyten te blijven zou de volgende samenvatting van een uitspraak van de Hoge Raad gegeven kunnen worden:

Het moet als uitgesloten beschouwd worden dat de wetgever gewild heeft dat de toestemming van de ouder voor het sluiten van een huwelijk door een minderjarige ook dan door de ouder geweigerd zou kunnen worden indien dat niet in het belang van het kind is ¹⁵

Daargelaten dat de rechterlijke motivering beter niet a contrario gesteld kan worden (en de Hoge Raad zo ook niet motiveerde), kan worden vastgesteld dat het wezenlijke verschil daarin gelegen is dat de Hoge Raad wel onafhankelijk functioneert, in die zin dat de Hoge Raad niet een bepaalde politieke benadering nastreefde en zich bij deze uitspraak liet leiden door een algemeen aanvaarde uitleg van het grondrecht op familie leven (artikel 8 FVRM). Het op die grond buiten toepassing laten van wetgeving houdt geen politieke oriëntatie van de rechter in.

Dat de rechter onafhankelijk is betekent niet dat de rechter 'autonoom' is. De rechter spreekt krachtens de in de constitutie gegeven bevoegdheden recht op basis van het binnen de rechtsorde gevormde recht. In die zin is (ook) onafhankelijke rechtspraak hecht verbonden met de rechtsorde waarbinnen die rechtspraak plaats vindt. Daarbij moet echter worden erkend dat de

rechter in de loop der tijd een rechtsvormende taak heeft gekregen die in toenemende mate van belang is en voorts dat de rechter zichzelf die rechtsvormende taak ten dele heeft toegeëigend. De kern luidt: De rechter is onafhankelijk, doch is gebonden aan het binnen de rechtsorde mede door hem gevormde recht. Deze kern is niet zonder dubbelzinnigheden en bij een strikt logische analyse kan de vraag rijzen of hier nog wel sprake is van 'binding'. Het gaat om een spanningsvol evenwicht.

Aan de hand van de theorie van de machten scheiding valt dit wel nader toe te lichten. Ziet men het schema van de machtscheiding als een strikt logische constructie van drie gescheiden organen met drie gescheiden functies — wetgever, bestuur en rechter, belast met wetgeving, bestuur en rechtspraak —, dan vormt de gebondenheid van de rechter aan de wet, zoals die gesteld is door de wetgever, een wezenlijk element van de machtscheiding. De rechter die rechtsvormend optreedt, maakt een inbreuk op de machtscheiding in deze zin. Het is echter de vraag of met een zo strikte benadering van de theorie van de machtscheiding de fundamentele waarborg die erin besloten ligt, goed getypeerd is. Eerder zou kunnen worden gezegd dat de theorie van de machtscheiding ziet op beperking van macht door spreiding van macht. Niet een staatsorgaan heeft alle macht ¹⁶. De beperking van de macht door machtscheiding vloeit echter ook voort uit de checks and balances die in de machtscheiding besloten ligt. Het ene staatsorgaan controleert het andere. Hoe precies de macht gespreid is, welke staatsmacht nu waar controle uitoefent, is afhankelijk van de concrete maatschappelijke en politieke situatie ¹⁷.

Als voorbeeld noem ik de uitspraak van de voorzitter van de Eerste Kamer, mr. H. Tjeenk Willink, dat naar zijn mening politiek en ambtelijk (lees: wetgeving en bestuur) 'te dicht tegen elkaar aan zijn gaan liggen' ¹⁸. De samenklontering van macht die hieruit voortvloeit, leidt onvermijdelijk tot de noodzaak van versterkte controle door de rechter. Op deze wijze beschouwd, gaat het om het machts-evenwicht in de trias politica wanneer wetgever en bestuur te nauw met

¹⁴ I C M I ejten: Judicial restraint als barrière op weg naar opperste gerechtigheid in P. van Dijk (red.) *De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme*. Mededelingen van de Afdeling Letterkunde van de Koninklijke Akademie van Wetenschappen. *Nieuwe Reeks*. Deel 52, nr. 3. Amsterdam, New York, Oxford, Tokyo 1989, p. 22 e.v. (25).

¹⁵ HR 8 april 1988, NJ 1989, 170, m.m. E.A.A. Luijten.

¹⁶ Vgl. A.M. Donner: *Conferentie* in P. van Dijk (red.) *id.* p. 21.

¹⁷ W.J. Witteveen: *Evenwicht van machten*. Zwolle 1991.

¹⁸ *NRC Handelsblad* 1 juli 1992, idem *de Volkskrant* 2 juli 1992.

elkaar verweven raken waardoor de controle tussen beiden verflauwt, komt relatief een zwaardere controlerende taak bij de rechter te liggen. Een voorbeeld vormt de Harmonisatiewet, die juist vanwege de verwevenheid tussen wetgever en bestuur door minister Deetman door het parlement 'gedrukt' kon worden. De rechter heeft — met inachtneming van het toetsingsverbod — toch aangegeven dat de wetgever hiermee de grens van het behoorlijke overschreden had door de rechtszekerheid van betrokkenen te misken.¹⁹ Uiteindelijk is de Harmonisatiewet niet tot uitvoering gekomen in de aanvankelijk beoogde vorm. Dat was de vrucht van de werking van het stelsel van 'checks and balances'. De media, de wetenschap en de rechter gaven hier tegendruk aan al te ongebreideld politiek opportunisme, waarbij rechten beschermde belangen van rechtssubjecten in het gedrang kwamen.

Politieke rechtspraak, zijnde rechtspraak niet door een onafhankelijk rechter is verwerpelijk. Deze uitspraak sluit echter niet uit dat onafhankelijke rechtspraak politiek relevant kan zijn. Anders gezegd het tegendeel van politieke rechtspraak is *onafhankelijke rechtspraak* en niet *waardevrjre* rechtspraak.

Rechterlijk activisme

De traditionele rol van de rechter in een democratische rechtsstaat met — per definitie — een scheiding van machten is een *neutrale*. Montesquieu geeft in zijn beschrijving van de trias politica ook die karakteristiek 'pouvoir neutre'. De rechter past de wet toe die door de wetgever gesteld is. De rechterlijke macht is geen politieke macht. De term 'rechterlijk activisme' is in onze taal gekomen vanuit de Angelsaksische taal, en in het bijzonder uit de Verenigde Staten, waar deze term opgang heeft gemaakt bij de beschrijving van de opstelling van de *Supreme Court* tegenover de politieke instellingen: het Congres en de president.²⁰ Koopmans omschrijft 'judicial activism' als volgt:

Toen men het Amerikaanse hooggerechtshof activistisch noemde bedoelde men daarmee dat het hof zich bij de uitlegging en toepassing van de grondwetsartikelen en rechtsbeginselen die het als toetsingsmaatstaf bezigde niet liet leiden door gezichtspunten die uit de wet of uit de activiteiten van legislatieve organen voortvloeien. Het schiep zelfstandig een normatief begrippenapparaat, stuurde de ontwikkeling daarvan en liet zich leiden door de aldus door eigen rechtspraak in het leven geroepen dynamiek. Het is derhalve binnen een stelsel van constitutionele toetsing dat het — aldus gedefinieerde — begrip activisme tot ontplooiing komt.²¹

De term rechterlijk activisme wordt echter nu in het juridisch spraakgebruik vrij algemeen toegepast ter typering van de 'veranderende rol van de rechter'.²² Aan het overbrengen van het begrip 'judicial activism' naar Nederland en het ruimere gebruik van het begrip rechterlijk activisme voor al het rechterlijk handelen (en niet alleen in constitutioneel perspectief) zitten enkele nadelen. Met deze overbrenging en dit ruime gebruik worden wellicht elementen van een begrip inhoud meegenomen die verdekt en eventueel ook ongewenst zijn. Daarom stel ik hier een analyse van het begrip rechterlijk activisme voorop.

Activisme is een van de '-ismen'.²³ Andere voorbeelden van '-ismen' zijn socialisme, liberalisme, katholicisme, protestantisme, humanisme, existentialisme, post modernisme en ook paternalisme, moralisme, racisme, communisme, fascisme, kapitalisme, imperialisme, zionisme en fundamentalisme. Deze reeks is onderbroken, omdat ik niet zonder meer dit alles op een rij wil zetten. Naast algemeen erkende en gerespecteerde geestelijke en maatschappelijke stromingen waartoe een individu op grond van een persoonlijke overtuiging zich kan rekenen, komen in deze reeks ook begrippen voor die een duidelijk negatieve gevoelswaarde hebben en zich daarom lenen om gebruikt en misbruikt te worden in politieke polemieken. Het begrip activisme valt niet te verbinden met enige geestelijke of maatschappelijke stroming. Welk streven ligt besloten in rechterlijk activisme? Voor de VS zou

19 HR 14 april 1989 *NI* 1989 469 m.m. M. Scheltema

20 Thijmen Koopmans, *The Roots of judicial activism in Protecting Human Rights. The European Dimension Studies in honour of Gerard J. Wiarda*, Keulen/Berlijn/Bonn/München 1988, pp. 317-327.

21 I. Koopmans, *Rechterlijk activisme in Europeesrechtelijk perspectief*, in P. van Dijk a.w. p. 107.

22 Vgl. de bijdragen in P. van Dijk a.w. m.m. W. van Gevelen, *Rechterlijk activisme en rechterlijke terughoudend*

heid p. 39, punt a.

23 Van Dale, *Groot woordenboek der Nederlandse taal*, derde druk, vermeldt onder *-isme* achtervoegsel waarmee zelfstandig naamwoorden worden gevormd () met als betekenis geheel van opvattingen, beweging, richting, systeem () ANS Wolters, *Algemene Nederlandse spraakkunst*, Groningen/Leuven 1984, p. 97, meldt dat met *-isme* men ideologieën, culturele stromingen e.d. worden aangeduid.

kunnen worden gezegd dat de uitleg die aan bepaalde grondrechten aldaar is gegeven door de Supreme Court, wellicht meer past bij links-liberale politieke stromingen en minder bij meer conservatieve republikeinse opvattingen²⁴ Nixon, Reagan en Bush hebben met de benoeming van conservatieve rechters in de Supreme Court getracht actief in te grijpen in de opvatting van de Supreme Court. In Nederland zijn recht spraak en de benoeming van rechters niet vaak voorwerp van politiek debat geweest.²⁵ Wel heeft vorig jaar een kamerlid zich aanvankelijk laten ontvallen dat onder de rechterlijke macht te veel D66 aanhang zou zitten. Deze vermeende links liberale sentimenten van rechters vormden aanleiding om de benoeming van raadsheren bij de Hoge Raad meer aandacht te schenken.²⁶ Ik heb de indruk dat het begrip 'rechterlijk activisme' tegen deze achtergrond gezien geen neutrale inhoud kan worden toegedicht. Er is een wezenlijk verschil tussen een actieve rechter en een activistische rechter. 'Activisme' en 'activistisch' duiden op een overmaat, op het overschrijden van grenzen. In de literatuur over rechterlijk activisme klinkt ook vaak de vrees door dat het rechterlijk activisme te ver gaat.

In het debat in de VS staat tegenover 'judicial activism', 'judicial restraint' en vrij precies kan worden aangewezen waar die begrippen hun oorsprong vinden.²⁷ 'Judicial restraint' en de Nederlandse vertaling ervan met 'rechterlijke terughoudendheid' heeft echter wel een neutrale gevoelswaarde. In ieder geval is er geen sprake van een (dreigend) exces. Daarom ben ik geneigd om begripmatig de tegenstelling tussen rechterlijk activisme en rechterlijke terughoudendheid als onzuiver af te wijzen. Een meer zuivere tegenstelling ligt besloten in de begrippen rechterlijk activisme en rechterlijk conservatisme. Tegen over activisme heeft conservatisme een equivalente gevoelswaarde. (Zo zou ook gesproken kunnen worden van rechterlijk nihilisme als rechtswijgering.) De tegenstelling tussen acti-

visme en conservatisme doet ook meer recht aan de feitelijke gang van zaken rond de benoeringen bij de Supreme Court in de VS. Het rechterlijk activisme aldaar is 'bestreden' met de benoeming van — in politiek opzicht — conservatieve rechters.

Deze begripsmatige analyse levert dit voordeel op dat vastgesteld kan worden dat — uitgaande van de negatieve gevoelswaarde die verbonden is met activisme en conservatisme — zowel rechterlijk activisme als rechterlijk conservatisme als zijnde onverenigbaar met de rechterlijke onafhankelijkheid afgewezen moeten worden. De rechter heeft anders dan een politicus geen geestelijk of maatschappelijk georiënteerd sterven dat in de jurisprudentie tot uitdrukking komt. Dat zou ook moeilijk kunnen, omdat dan de persoon van de rechter van invloed wordt op de inhoud van de rechtspraak. De rechter wordt geacht niet te beslissen overeenkomstig persoonlijke overtuigingen, doch overeenkomstig een geobjectiveerde en gedepersonaliseerde visie op de stand van de rechtsontwikkeling. Rechterlijk activisme zou ik aanwezig achten wanneer bijvoorbeeld een geheel onthoudend rechter bij alcoholidichten in afwijking van de strafmaat die gebruikelijk is, tot zware straffen komt, conservatisme wanneer een rechter uit eigen religieuze overwegingen een euthanasiezaak niet conform de jurisprudentie beoordeelt. Beide voorbeelden laten zien dat bij conservatisme en activisme vaak onvermijdelijk ook het persoonlijke oordeel van de rechter betekenis heeft. Een onafhankelijk rechter handelt echter steeds zoveel mogelijk — een rechter is ook maar een mens — als orgaan en niet als persoon.²⁸ Rechters zijn inwisselbaar, politici niet. Bij politieke besluitvorming draait het om de persoonlijke visie van de politicus, of de binnen een bepaalde groep — fractie, partij — gevormde consensus. De grote aandacht in de media voor de politicus of politica als persoon stemt hiermee volledig overeen. Daar staat tegenover dat rechters eerder on-

24 T. Koopmans, *The Roots of judicial activism*, a.w.

25 Handelingen NJV 1975 deel I, waarin preadvies van M.G. Rood, H.L. Wedeven, J.C.M. Leyten en C.J.M. Schuyt zie ook J.C.M. Leyten, *De rechter op te schop stoel*, Zwolle 1971 en C.J.M. Schuyt, *De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving*, in: *De Hoge Raad der Nederlanden*, a.w. p. 297 e.v. (299-300).

26 Zie NJB 1991 nr. 27 met onder meer bijdragen van F. Bruinsma en H. van Maarsveen. Inmiddels is een nadere procedure tussen de Hoge Raad en de Kamer afgesproken. NJB 1992 p. 368.

27 T. Koopmans, *The Roots of judicial activism*, a.w. p. 321.

28 Vgl. in dit verband de stelling 3 van M.J.P. Veurborg bij het symposium. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. Wezenlijke veranderingen in het recht en in de onderlinge verhoudingen van de staatsmachten worden als regel niet veroorzaakt door persoonlijke opvattingen en maatschappijbeelden van (de meerderheid van een college van) rechters maar door veranderingen in de maatschappij en in de maatschappij levende opvattingen. NJB Speciaal Hoge Raad 1988 p. 1586.

zichtbaar zijn zoals kleurloze muizen tussen het maatschappelijk stof²⁹ en zich hullen in toga's³⁰

Het begrip rechterlijk conservatisme dat uit deze analyse naar voren komt, is voor de geschiedenis van de rechtswetenschap niet zonder betekenis. Ik zou niet zonder meer een directe of volledige verbinding willen leggen tussen legisme of wetspositivisme³¹ (ook '-ismen') en conservatisme, doch het is duidelijk dat een conservatistische opstelling bij interpretatievragen leidt tot een meer strikt vasthouden aan de geldende wetsregel. Opmerkelijk is dat de oriëntatie van de rechter op ongeschreven rechtsbeginselen en niet nader uitgewerkte en geactualiseerde grondrechten — welke oriëntatie wel beschreven is als activisme — ook uit het oogpunt van rechtsvinding het tegendeel van conservatisme — legisme — inhoudt. Belangrijke voorbeelden van de veranderende rol van de rechter worden gevonden in de vorming van criteria voor de afgrenzing van het stakingsrecht en procedureregels voor euthanasie. Bij een conservatieve uitleg van de toepasselijke regelgeving zou gecoördeld kunnen worden dat staken onrechtmatig is en euthanasie strafbaar. De jurisprudentie laat zien dat de rechter rechtsvormend wegen heeft gezocht om de strikt legistische benadering van beide maatschappelijke fenomenen om te buigen in een niet-politiek controversiële benadering die recht deed aan de maatschappelijke ontwikkeling in het normen en waardenpatroon. Ik zou de stelling willen verdedigen dat wanneer de Hoge Raad staking en euthanasie niet rechtsvormend had benaderd, de Hoge Raad het verwijt van rechterlijk conservatisme gemaakt zou kunnen worden. Met andere woorden, een benadering van de rechter waarbij deze zich strikt houdt aan de uitvoering van de door de wetgever vastgestelde wetgeving is niet 'neutraal' te noemen. Dit is inherent aan het normatieve karakter van wetgeving en rechtsvorming in het algemeen.

De rechter moet een middenweg vinden tussen rechterlijk conservatisme en rechterlijk activisme. Wellicht dat daarom G.J. Wiarda in zijn bespreking van de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens gebruik maakte van de begrippen rechterlijke voortvaardigheid en rechterlijke terughoudendheid³². Met deze opmerking is de begripsvorming geïmplementeerd³³. Uitgaande van de onafhankelijkheid van de rechter moeten rechterlijk conservatisme en rechterlijk activisme afgewezen worden. De bandbreedte van de rechterlijke activiteit zie ik beperkt tot rechterlijke voortvaardigheid en rechterlijke terughoudendheid. Ik zou de stelling willen verdedigen dat bij een reële analyse van de jurisprudentie van de Nederlandse rechter zowel voortvaardigheid als terughoudendheid kan worden aangewezen en ik waardeer dat als een gezonde situatie. Bovendien kan worden vastgesteld dat de opstelling van de rechter mede beïnvloed kan worden door de aard van de rechtsbetrekking in geschil. R Emmelink heeft erop gewezen dat het legaliteitsvereiste in het strafrecht beperkingen stelt aan rechtsvorming door de rechter,³⁴ voor het fiscale recht valt wellicht hetzelfde te verdedigen.

Terugkerend naar de definitie van Koopmans — die hij nauw liet aansluiten bij de Angelsaksische herkomst van het begrip — zou ik de volgende kanttekening willen maken bij de Nederlandse situatie. Gepolitiseerde constitutionele rechtspraak past niet in onze rechtscultuur. Het Hof van Justitie van de EG, noch het Europese Hof voor de rechten van de mens, noch de instantie die belast zou moeten worden met constitutionele rechtspraak in Nederland,³⁵ beantwoordt aan het beeld dat de Supreme Court oproept. De bijzondere rechtsvormende betekenis die de rechtspraak van dat rechterlijke college binnen de constitutionele (en federale) verhoudingen in de VS heeft gehad, kan wellicht voor

29 Vgl. H. van Maarseveen *NJB* 1991 p. 1087.

30 Opmerkelijk staatsraden die belast zijn met rechtspraak worden politiek benoemd. Zij dragen ook geen toga's.

31 J. van der Hoeven. Opkomst en neergang van een heersende leer. De leer van het wetspositivisme. Koninklijke Academie van Wetenschappen. Mededelingen van de Afdeling Letterkunde. *Nieuwe Reeks*. Deel 53 nr. 7. Amsterdam. New York. Oxford. Tokyo 1990.

32 G.J. Wiarda. Extensieve en restrictieve verdragstoepassing door het Europese Hof voor de rechten van de mens in *Ad personam*. Zwolle 1981 p. 374 e.v. en idem *Rechterlijke voortvaardigheid en rechterlijke terughouding bij de toepassing van de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens*. s. Gravenhage 1986.

33 Terzijde merk ik op dat ik de indruk heb dat in de VS de discussie over judicial activism versus judicial restraint scheefgetrokken is. Deze scheefheid wordt met geïllustreerd door de welbewuste keuze van politici om meer conservatieve rechters in de Supreme Court benoemd te krijgen. De tijd moet het leren, doch ik zou willen voorstellen dat op termijn de depolitisering van het rechterlijke ambt — ook bij constitutionele rechtspraak — de enig zinvolle waarborg voor onafhankelijke rechtspraak is.

34 P. van Dijk (red.) a.w. Slotwoord J. Remmelink p. 43 e.v.

35 Gelet op de gebleken voorkeur voor een diffuus stelsel zou dat de rechterlijke macht zijn, zie over de afwijzing van politieke benoemingen de verschillende adviezen in *NJCM* bulletin 1992 p. 233 e.v.

bepaalde perioden met het begrip *judicial activism* gekarakteriseerd worden. De problemen die telkens rijzen bij de politieke benoemingen van rechters in de Supreme Court doen wezenlijk afbreuk aan de status van dat college als onafhankelijke rechterlijke instantie.

Voor een typeering van de ontwikkeling in Nederland en in Europees verband van de rechtsvorming door de rechter met name na de Tweede Wereldoorlog zou ik echter de term 'rechterlijk activisme' niet willen aanvaarden. Niet te ontkennen valt dat de rechtsvorming door de rechter in Nederland beantwoordt aan de omschrijving die Koopmans gegeven heeft: de rechter schiep zelfstandig een normatief begrippen apparaat, stuurde de ontwikkeling daarvan en liet zich leiden door de aldus, door zijn eigen rechtspraak, in het leven geroepen dynamiek. Deze omschrijving past op de jurisprudentie van de rechter inzake grondrechten, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de redelijkheid en billijkheid (goede trouw) en op al die uitspraken waarbij de rechter juridische oplossingen uitwerkte voor maatschappelijke vraagstukken waarover conflicten rezen. Ligt in deze rechtsvorming niet iets anders besloten dan 'rechterlijk activisme'? Deze vraag zou ik willen beantwoorden.

De veranderde rol van de rechter

De voortvarendheid van de rechter staat in de belangstelling en meer in het algemeen de verhouding tussen de taak van de wetgever, van het bestuur en van de rechter. Een veelheid van oorzaken heeft er in de laatste decennia toe bijgedragen dat de betekenis van rechtsvorming door de rechter is toegenomen. In de literatuur is aan dit verschijnsel veel aandacht besteed en ik noem — zonder volledig te willen zijn — een paar voorbeelden. Het RAIO-congres in 1987 was gewijd aan het onderwerp *De rechter als*

dictator? dynamiek in de trias verschuiving in de verhouding regelgeving, bestuur en recht spraak.³⁶ Wijnholt heeft bij die gelegenheid — voordat hij vonnis wees inzake de Harmonisatiewet — zijn visie gegeven op de taak van de rechter. Opmerkelijk is dat in het arrest van de Hoge Raad over de Harmonisatiewet expliciet naar 'de literatuur' wordt verwezen en in het bijzonder naar de aldaar geconstateerde monistische tendensen in de verhouding tussen regering en parlement.³⁷ In verhouding tot het RAIO-congres 1987 liet het bijna tien jaar eerder gehouden congres van de Jonge Balie (1978), met als titel *Rechter en politiek* nog een veel rustiger toonzetting horen.³⁸ In 1988 werd het 150-jarige jubileum van de Hoge Raad luister bijgezet met een opstellenbundel over *De plaats van de Hoge Raad in het staatsbestel*³⁹ en een symposium.⁴⁰ Opmerkelijk is dat voor deze feestelijke gelegenheid juist de veranderde rol van de rechter in ons staatsbestel als thema gekozen werd. De bijdragen aan de bundel laten duidelijk zien dat de taak van de Hoge Raad naar de mening van het breed samengestelde veld van onderzoekers veranderd is en dat in het bijzonder de rechtsvormende taak van de rechter tot ontwikkeling is gekomen. In dit verband melden Schoordijk en Scheltema ook de tendens van rechterlijk activisme.⁴¹ In 1989 vond een themabijeenkomst plaats van de sectie Rechtswetenschappen van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen over 'De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme,' met bijdragen van Remmelink, Scheltema, Donner, Leijten, Dion, Koopmans en Van Gerven.⁴² Koopmans heeft ook in ander verband een aantal malen — telkens met een andere invalshoek — aandacht gevraagd voor het onderwerp.⁴³ In 1992 heeft de NJV⁴⁴ het vraagstuk van het constitutioneel toetsingsrecht op de agenda geplaatst, waarbij vastgesteld kan worden dat deze agendering samenvalt met de voorbereiding van een kabinetsstandpunt over toetsings-

36 Iochum 1987.

37 HR 14 april 1989 *NJ* 1989 469 m.n. M. Scheltema.

38 Rechter en politiek. Alphen a/d Rijn 1987. Niet de wat gedateerde bijdrage van een schrijverscollectief over kernpunten van de historisch-materialistische rechtstheorie en bijdragen van politici hebben bijvoorbeeld M.C. Burkens en A.H. van Delden zich over het onderwerp rechter en politiek gebogen.

39 A.W.

40 *NJB* 1988. Speciaal De Hoge Raad p. 1572 e.v.

41 Respectievelijk p. 54 en p. 345.

42 P. van Dijk (red.) a.w.

43 O.a. De rol van de wetgever in *Honderd jaar rechtsleven* Deventer 1970. De polstok van de rechter in *De weerbarstige norm* Deventer 1986. De veranderende rol van het proces *Advocaatblad* 1991 p. 612 e.v. De overbelasting van de rechter *NJCM bulletin* 1989 p. 7 e.v.

44 Handelingen NJV 1992 I. Toetsing. Proadviezen van L. Prakke, T. Koopmans en J.M. Barendrecht.

recht.⁴⁵ Tezelfdertijd zijn in het *NJCM-bulletin* de adviezen van de Hoge Raad en de PG bij de Hoge Raad over een notitie van de minister van Justitie over het toetsingsrecht, alsmede van een aantal staatsrechtgeleerden gepubliceerd.⁴⁶

Ook vanuit de politiek wordt steeds meer aandacht geschonken aan de verhouding tussen wetgever en rechter. Naast de nota *Zicht op wetgeving*⁴⁷ van de minister van Justitie kan bijvoorbeeld de nota *Gelijk in de praktijk*⁴⁸ genoemd worden. Deze laatste interdepartementale nota is gericht op de verbetering van de kwaliteit van de wetgeving waar het gaat om gelijke behandeling van vrouwen en mannen.

Premier Lubbers heeft bijzondere belangstelling getoond voor de verhouding tussen wetgever en rechter in een academische rede gehouden te Nijmegen in 1990 en daarna met een rede voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak.⁴⁹ De Commissie-Deetman, die zich gebogen heeft over het onderwerp 'Staatkundige vernieuwing', heeft in 1990 ook in het bijzonder aandacht besteed aan de verhouding tussen wetgever en rechter. De bezorgdheid over verschuivingen in die verhouding vormde een belangrijk motief voor deze commissie om onderzoek te verrichten naar verbetering van de organisatie van het politieke bedrijf.⁵⁰

Meer op de achtergrond spelen ontwikkelingen die moeilijker traceerbaar zijn, doch die van wezenlijke betekenis zijn voor de verhouding wetgever/rechter. Koopmans maakt melding van het feit dat juist naar aanleiding van de jurisprudentie van de CRvB inzake gelijke behandeling van vrouwen en mannen in de sociale zekerheid niet alleen de gedachte geopperd is om onze rechtsorde te onttrekken aan de werking van artikel 26 van het Bupo-verdrag, doch ook is voorgesteld de toetsende taak inzake verdragsrecht exclusief bij de Hoge Raad te leggen.⁵¹ De achterliggende gedachte is dat wellicht de Hoge

Raad minder voortvarend dan de CRvB getoetst zou hebben.

Naast de verhouding wetgever/rechter heeft de verhouding rechter/bestuur bijzondere aandacht gekregen in de studie van Van der Hoeven *De drie dimensies van het bestuursrecht*, die in 1989 het licht zag.⁵² Hoewel de verhouding wetgever/rechter nu meer in de belangstelling blijkt te staan, kan worden geconstateerd dat in de loop van deze eeuw de verhouding rechter/bestuur ook wijst op een sterk toenemende betekenis van rechtsvorming door de rechter; met name de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De studie van Van der Hoeven geeft een helder zicht op deze ontwikkeling. Ik kom hier later op terug.

Samenvattend kan op basis van dit materiaal worden gesteld dat enerzijds consensus bestaat over het feit dat de rechter ten opzichte van wetgever en bestuur een meer actieve rol is gaan vervullen en dat anderzijds met name politieke bezorgdheid gerezen is over deze ontwikkeling. Het meest sprekend zijn de woorden van de Commissie-Deetman in verband met de vraag welk antwoord gegeven moet worden op de — door de commissie zelf geconstateerde — tanende legitimatie van het overheidsoptreden:

'Bij het geven van dit antwoord zal onder ogen moeten worden gezien, dat de balans tussen wetgeving, bestuur en rechtspleging, de trias politica, is verstoord. Waar de burger onvoldoende vertrouwen heeft in de kwaliteit van de wetgeving en bestuur, hebben de organen van rechtspleging — huns ondanks — mede tot taak gekregen het vertrouwen van de burger in de democratische rechtsstaat te handhaven. Het is de vraag of deze ontwikkeling zich verdraagt met de uitgangspunten van onze staatsinrichting.'⁵³

Een antwoord op de vraag wat de grenzen van de taak van de rechter zijn, is niet gemakkelijk te geven. Zoals bij vele grensbepalingen in het recht⁵⁴

45 M.B.W. Biesheuvel, *NJB* 1992, p. 726.

46 *NJCM-bulletin* speciaal nummer 'Op weg naar constitutionele toetsing, 1992, p. 233 e.v.

47 *Kamerstukken II*, 1990-1991, 22.008, nrs. 1-2.

48 Rapport van de interdepartementale juridische werkgroep gelijkheidsbeginsel (IWEG), Uitgave van het ministerie van Justitie, 's-Gravenhage 1990.

49 *Nederlandse Staatscourant* 4 september 1990 en Samenleving waardevoller naar mate bottom-up-proces kans krijgt, *Trema* 1990, p. 375 e.v. en het debat: *Trema* 1991, p. 38 e.v.

50 Rapport van de bijzondere Commissie Vraagpunten inzake de staatkundige, bestuurlijke en staatsrechtelijke vernieu-

wing (Cie-Deetman), *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21.427, nr. 3.

51 T. Koopmans, Preadvies NJV 1992, a.w., p. 49.

52 Geschriften VAR-100, Alphen a/d Rijn, 1989.

53 *Kamerstukken II*, 21.427 a.w.

54 Als voorbeeld noem ik de vraag naar de toegang tot de rechter. Relevant is niet zo zeer de vraag wanneer rechts-subjecten wel toegang tot de rechter hebben, doch de vraag wanneer de toegang tot de rechter onthouden kan worden (vgl. mijn diss. *De toegang tot de rechter*, Zwolle 1987, p. 108). Een ander voorbeeld vormt de onafhankelijkheid van de rechter en de betekenis daarvan voor de samenwerking tussen rechters. Ook daar geldt dat onafhan-

is het weinig zinvol te streven naar een positieve omschrijving, in die zin bijvoorbeeld dat de trias politica meebrengt dat de taak van de rechter een bepaalde inhoud heeft, bijvoorbeeld slechts toepassing van de wet, omdat evident is dat die positieve omschrijving te falsifieren is. Daarom is het zinvoller de falsificatie tot methode te verheffen door de vraag te beantwoorden hoe de grens van de taak van de rechter ten opzichte van wetgever en bestuur negatief bepaald kan worden, met andere woorden welke rechtsvorming door de rechter is *niet* verenigbaar met de onafhankelijke positie van de rechter in een democratische rechtsstaat?

De grenzen van de taak van de rechter

Voor het bestuursrecht valt de grens van de taak van de rechter, dankzij de rechtsontwikkeling die zich deze eeuw heeft afgespeeld, redelijk goed in kaart te brengen. Eerder is genoemd de studie van Van der Hoeven over de drie dimensies van het bestuursrecht, waarin een historisch overzicht van de ontwikkeling van het bestuursrecht en daarmee ook van de verhouding tussen rechter en bestuur is terug te vinden.⁵⁵ Ik noem slechts kort enkele hoofdpunten van deze ontwikkeling. Vooropgesteld moet worden dat de afgrenzing van de taak van de rechter in het bestuursrecht gepaard is gegaan met de ontwikkeling van het algemene deel van het bestuursrecht als zodanig. Dat betekent dat in retrospectief wij thans in het bestuursrecht gehanteerde begrippen kunnen gebruiken voor de beschrijving van fenomenen, die destijds niet zo werden benoemd. Waar het hier om gaat is dat steeds een belangrijke rol heeft gespeeld de gedachte dat de beoordeling door de rechter van bestuurshandelingen de rechter te dicht bij het bestuur zou brengen, 'de rechter zou op de stoel van de administratie kunnen gaan zitten'. Dit zou met name een rol spelen bij de beoordeling door de rechter van de uitoefening van discretionaire bevoegdheden, waarbij de doelmatigheid veel be-

langrijker zou zijn dan de rechtmatigheid. Aan deze benadering van de verhouding tussen rechter en bestuur is onverbrekkelijk de naam van Struycken verbonden, die met de argumentatie in zijn opstel 'Administratie of rechter?' de ontwikkeling naar algemene bestuursrechtspraak gedurende decennia heeft opgehouden.⁵⁶ De ontwikkeling van het bestuursrecht — met name sinds de Tweede Wereldoorlog — kent twee hoofdlijnen. In de eerste plaats zijn in de rechtpraak de algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot ontwikkeling gekomen. In de tweede plaats is in de jaren tachtig het inzicht doorgebroken dat er algemene bestuursrechtspraak dient te komen, in die zin dat (in beginsel)⁵⁷ iedere bestuurshandeling voorwerp van geschil voor een onafhankelijke rechter moet kunnen vormen.

Zowel de verschillende bijzondere administratieve rechters als de Hoge Raad in het bestek van de onrechtmatige overheidsdaad hebben in een rechtsvormend proces van decennia normen van behoorlijkheid ontwikkeld en uitgewerkt, die de rechter in staat stellen ook over de uitoefening van discretionaire bevoegdheden een onafhankelijk rechterlijk oordeel te geven. Daarbij is ook het begrip marginale toetsing ontwikkeld. Onder marginale toetsing valt te verstaan toetsing met inachtneming van de keuzevrijheid die aan het bestuursorgaan is toegekend. In historisch perspectief valt op dat zolang de algemene beginselen van behoorlijk bestuur nog niet ontwikkeld en enigszins uitgekristalliseerd waren, de vrees voor de grensoverschrijdende betekenis van rechtspraak over bestuurshandelingen niet ongegrond leek, terwijl achteraf gezien het toetsingskader van overwegende invloed blijkt te zijn op een verantwoorde grensbepaling, omdat toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een objectiverende toetsing⁵⁸ mogelijk maakt. De Algemene wet bestuursrecht zal een codificatie inhouden van veel algemene beginselen van behoorlijk bestuur, doch ook wordt uitbreiding gegeven aan dit toetsingskader. Het evenredigheidsbeginsel, dat inmiddels

kelijkheid moeilijk tot een relevante positieve grensbepaling kan leiden, terwijl relevant is de vraag wat — gelet op de onafhankelijkheid van de rechter — de grenzen zijn van de samenwerking tussen rechters. vgl. *NJB* 1989 p. 1621 e.v.

⁵⁵ In veel bestuursrechtelijke handboeken wordt hieraan ook aandacht geschonken, bijvoorbeeld Van Wijk/Konijnenbelt *Hoofdstukken van administratief recht*. Culemborg

1988 p. 353 e.v. Zie ook het preadvies, NJV 1983 van E.M.H. Hirsch Ballin *Handelingen NJV 1983* deel I eerste stuk p. 53 e.v.

⁵⁶ Van der Hoeven *aw* p. 124 e.v.

⁵⁷ Helaas bevat ook de Algemene wet bestuursrecht nog een aantal beperkingen die moeilijk te verantwoorden zijn.

⁵⁸ G.J. Wiarda *Drie typen van rechtsvinding*. Zwolle 1988 m.n. p. 105 e.v.

ook in de jurisprudentie van grotere betekenis wordt,⁵⁹ krijgt een ruime formulering die de rechtsvorming door de rechter nader kan beïnvloeden. Wel kan worden opgemerkt dat met de ontwikkeling van het toetsingskader de rechter steeds meer tot een — weliswaar geobjectiveerde doch ook — inhoudelijke toetsing komt. De jurisprudentie van de AROB-rechter vormt hierop in grote lijnen een negatieve uitzondering, omdat vanwege de afstandelijke interne behandeling van zaken (veel juridische ondersteuning) en vanwege overbelasting de toetsing niet steeds die diepgang heeft die bij andere administratieve rechters aanwijsbaar is.⁶⁰

De toegang tot de rechter in het bestuursrecht is traditioneel bepaald geweest door het fenomeen 'beroep op de Kroon' — in de zin van administratief beroep op het bestuur als volwaardig alternatief voor onafhankelijke rechtspraak enerzijds — en verbrokkelde rechtsbescherming anderzijds, doordat telkens voor bijzondere onderwerpen bijzondere rechtsgangen werden ingesteld. De Hoge Raad heeft een belangrijke stap gezet door in het kader van de onrechtmatige overheidsdaad aanvullend rechtsbescherming mogelijk te maken. De jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens met betrekking tot artikel 6 EVRM heeft er uiteindelijk toe geleid dat het beroep op de Kroon (en het administratief beroep in het algemeen) als vorm van onpartijdige geschillenbeslechting in strijd is geoordeeld met artikel 6 EVRM⁶¹ en dat op dezelfde grond procedurele uitwassen, zoals de vaste-deskundigeprocedure in het sociaal zekerheidsrecht meer kritisch beschouwd worden.⁶² De herziening van de rechterlijke organisatie en de invoering van het uniforme bestuursprocesrecht in hoofdstuk 8 van de Algemene wet bestuursrecht trekken deze lijn strak door, in die zin dat algemeen bestuursrechtspraak mogelijk wordt gemaakt.

De grensbepaling tussen rechter en bestuur in de Algemene wet bestuursrecht is systematisch gezien in een open systeem gevat. In de eerste

plaats krijgt de rechter ruime uitspraakbevoegdheden. In beginsel mag de rechter zijn uitspraak stellen in de plaats van het in beroep aangevochten bestuursbesluit. Uit de memorie van toelichting blijkt weliswaar dat de rechter terughoudend van die bevoegdheid gebruik dient te maken, doch uit de wet valt geen grensbepaling af te leiden.⁶³ Dat betekent dat de jurisprudentie zal uitmaken waar die grens ligt. Niet onwaarschijnlijk is dat de rechter in sommige situaties ook 'zelf in de zaak zal voorzien' wanneer het bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid heeft. De meest waarschijnlijke grensoverschrijding ligt bij sancties, doch ook overigens valt hier een interessante rechtsontwikkeling te verwachten.⁶⁴

In het burgerlijk recht vallen twee tendensen te bespeuren, een materieelrechtelijke en een procesrechtelijke. Voor het burgerlijk procesrecht gold traditioneel als 'beginsel' de lijdelijkheid van de rechter, die ertoe diende de partijautonomie te waarborgen tegenover de rechter.⁶⁵ De procesueel terughoudende opstelling van de rechter diende er met andere woorden toe dat de rechter niet zou treden in keuzes die partijen zouden kunnen maken. De lijdelijkheid van de rechter in het burgerlijk proces is echter als gevolg van een lange ontwikkeling in het burgerlijk proces niet meer te beschouwen als een beginsel. Voor sommige elementen van het proces heeft de rechter meer beperkte bevoegdheden. Dit betreft hoofdzakelijk de omvang van hetgeen gevorderd wordt en het stellen of betwisten van feiten, waarbij overigens zij opgemerkt dat de verschillen ten opzichte van de bestuursrechter niet al te groot zijn. Het is hier niet de plaats dit uitvoerig uit te werken, doch vastgesteld kan worden dat de bestuursrechter bevoegd is zich te beperken tot het punt van geschil en eveneens uit kan gaan van de gestelde feiten.

De tweede ontwikkeling in het burgerlijk recht betreft een veelheid aan inmiddels in het BW 1992 gecodificeerde jurisprudentieontwikkelingen, die samen zijn te vatten onder twee

59 O.a. bij sancties in het ambtenarenrecht, het sociaal zekerheidsrecht en het fiscale recht.

60 I. Dorhout Fijn, *Wet twee culturen?* PS 1991, pp. 209-218.

61 Bonthuis, EHRM 23 oktober 1985, AB 1986, I, m.n. E.M.H. Hirsch Ballin.

62 Feldbrugge, EHRM 29 mei 1986, RSV 1987, 23.

63 Voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie, *Kamerstukken II* 1991-1992, nr. 2, 22-495.

64 Zie de MvT bij hoofdstuk 8 van de AWB, *Kamerstukken II* 1991-1992, 22-495, nr. 3, p. 36, p. 145 e.v. E.M.H. Hirsch Ballin. In de zaak voorzien in *Blinde vlekken in het sociaal recht* (Deventer 1986), p. 178 e.v.

65 Zie mijn Preadvisie NJV 1992, *Handelingen NJV* 1991, I. Het procesrecht als proces. J.E. Bosch Boesjes, *Lijdelijkheid in geding* (Deventer 1991), werkt een en ander verder uit.

noemers. In de eerste plaats hebben de redelijkheid en billijkheid een belangrijke plaats in wetgeving en jurisprudentie ingenomen. De waardering van de redelijkheid en billijkheid in een concreet geschil vereist dat de rechter zich niet te terughoudend opstelt. Weliswaar komen krachtens het burgerlijk recht aan rechtssubjecten bevoegdheden toe, doch de uitoefening van die bevoegdheden kan voorwerp van toetsing door de rechter vormen. Ook hier zal de rechter de keuzevrijheid die aan rechtssubjecten toe komt respecteren door objectiverend te toetsen. Leijten noemt in dit verband enkele voorbeelden van jurisprudentie van de Hoge Raad waarbij de bevoegdheid van een rechtssubject om toestemming te weigeren (toestemming huwelijk minderjarigen, toestemming erkenning van een natuurlijk kind door de vader, de derde als huurder) beperkt werd door eisen van redelijkheid en billijkheid.⁶⁶ Artikel 6:2 BW vormt een veelbesproken toepassing van de redelijkheid en billijkheid, waarbij ik zou willen opmerken dat deze bepaling aan de rechter een ruime toetsingsbevoegdheid geeft, met name omdat de concretisering van hetgeen redelijkheid en billijkheid vereisen, in een concreet geval ruime interpretatievrijheid geeft. De autonomie van rechtssubjecten wordt hier — ten gunste van nadere beoordelingsbevoegdheden van de rechter — beperkt. Hetzelfde kan worden gesteld ten aanzien van de 'imprevisie' (artikel 6:258 BW). Daarnaast kunnen vele voorbeelden worden genoemd van onderdelen van ons burgerlijk recht waarbij de (al)macht van de ene partij ten gunste van de andere (zwakkere) partij gematigd is. Te denken valt aan huurrecht, arbeidsrecht en consumentenrecht.

Het vraagt wel enige abstractie, doch ik zou zowel voor het bestuursrecht als voor het burgerlijk recht tot een gelijke grensbepaling van de taak van de rechter willen komen. Opmerkelijk is dat traditioneel gezien rechtssubjecten (globaal gezien 'burgers' in het burgerlijk recht, de overheid in het bestuursrecht) een ruime vaak niet geclausuleerde beschikkingsbevoegdheid toekwam, die in de loop van deze eeuw zowel in wetgeving, maar vooral in de rechtspraak beperkt is door toepassing van ongeschreven per geval te concretiseren toetsingsmaatstaven, zoals

de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de redelijkheid en billijkheid. Bij nadere analyse valt op dat vele beginselen van behoorlijkheid voor privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen te herleiden zijn tot de 'redelijkheid en billijkheid',⁶⁷ zodat er wellicht ook een grond is om deze rechtsontwikkeling onder een noemer te brengen. De autonomie van rechtssubjecten is in de wetgeving beperkt en in de jurisprudentie zijn eisen van behoorlijkheid (redelijkheid en billijkheid) naar voren gekomen die de rechter in staat stellen om in rechtsvormende oordelen de grens te bepalen van hetgeen rechtssubjecten jegens elkaar vermogen. Enerzijds geldt als uitgangspunt dat voor zover de wetgever aan rechtssubjecten bevoegdheden geeft de rechter in beginsel niet mag treden in de beoordeling van de uitoefening van de bevoegdheid als zodanig (het contracteren, het nemen van een beschikking) en de rechter behoort daarom marginaal te toetsen, terwijl anderzijds de rechter onder toepassing van ongeschreven behoorlijksmaatstaven objectieve rend toetst en daarbij aan de uitoefening van bevoegdheden nadere eisen stelt. In bestuursrechtelijke terminologie betreft het hier de toetsing van de uitoefening van discretionaire bevoegdheden, in het burgerlijk recht wordt eerder gesproken over de autonomie van bijvoorbeeld contractspartijen. Globaal gesteld kan voor het burgerlijk recht en het bestuursrecht geconcludeerd worden dat de rechter in de loop van deze eeuw de uitoefening van discretionaire bevoegdheden aan de hand van behoorlijksmaatsen nader is gaan toetsen, waardoor de keuzevrijheid van rechts subjecten beperkt is. Daarnaast heeft de wetgever — deels codificerend — aan discretionaire bevoegdheden van rechtssubjecten nadere grenzen gesteld. Ook die grenzen worden door de rechter gecontroleerd. Met de stelling dat de rechter de uitoefening van bevoegdheden toetst aan het geschreven en het ongeschreven recht, is de abstractie volledig.

De wetgever

De bevoegdheid tot het stellen van de wet is niets anders dan een discretionaire bevoegdheid van de wetgever. De rechtsontwikkeling van de

66 J.C.M. Leijten. *Judicial restraint als barricade op weg naar opperste gerechtigheid* a.w.

67 G.J. Wiarda. *Drie typen van rechtsvinding*. Zwolle 1989.

J.B.M. Vinken. *Mededelingsinformatie en onderzoekspluchten in het verbintnisrecht*. Zwolle 1989. mijn preadvies NJV 1991 a.w.

laatste decennia toont dat de omvang van die discretionaire bevoegdheid eveneens beperkt is. Deze beperking geldt niet alleen de formele kant — de bevoegdheid als zodanig —, doch ook de materiele kant. Met andere woorden, de keuzevrijheid die de wetgever heeft, is ook ten aanzien van de inhoud van de wet niet *onbeperkt*. Ook de uitoefening van de wetgevende bevoegdheid door de wetgever leent zich voor een objectiverende marginale toetsing door een onafhankelijk rechter.⁶⁸ Hoewel deze stelling juridisch gezien uiteindelijk thans niet meer omstreden is, leert de opstelling van regering en parlement de afgelopen jaren dat sommige politici en ambtenaren zich onvoldoende bewust zijn van deze beperkingen. Zowel ten aanzien van internationaal recht (en in het bijzonder Europees recht), grondrechten als eisen van behoorlijke wetgeving hebben sommige politici en ambtenaren door onachtzaamheid, onkunde en soms onwil⁶⁹ een situatie gecreëerd waarin de rechter in de laatste jaren een belangrijke corrigerende taak ten opzichte van de wetgever heeft moeten vervullen. Daarnaast heeft de rechter — onder invloed van het verbod van rechtsweigering — in geschillen die rezen over nog niet (volledig) geregelde onderwerpen jurisprudentie gevormd die soms dezelfde functie als rechtsvorming door de wetgever ging vervullen. Veelgenoemde voorbeelden zijn stakingsrecht en euthanasie. Bij precieze beschouwing van de jurisprudentie blijkt dat afgezien van deze markante voorbeelden op vele terreinen de rechter aanvullend op (veronderde of niet volledige) wetgeving jurisprudentie heeft gevormd.

Juist tegen de achtergrond van deze ontwikkelingen in de rechtspraak wordt de laatste tijd door politici gesproken over herstel van 'het primaat van de politiek'. Wat moet worden verstaan onder 'het primaat van de politiek'? Voor zover daaronder verstaan wordt de discretionaire bevoegdheid van het democratische bestuur (regering en parlement gezamenlijk)⁷⁰ om door het tot stand brengen van wetgeving rechtsvormend op

te treden en daarbij het initiatief te nemen en 'sturend' op te treden, is er geen probleem. De zorg van politici betreft echter niet zo zeer dit punt. Als illustratie kan het debat over de gelijke behandeling van vrouwen en mannen in de sociale zekerheid gelden. Hoewel de eis van gelijke behandeling als materiele norm voor wetgeving geldt, wezen sommige politici uit kostenoverwegingen nakoming van die norm af. De problemen die uit die afwijzing later voortvloeiden, werden gezien als een verstoring van het primaat van de politiek door de rechter.

Fractie leider Brinkman heeft dreigend gesproken over de *rechtersstaat*,⁷¹ premier Lubbers heeft gesteld dat de controle door de rechter de uitvoering van de overheidstaak dreigt te verstoren.⁷² De Commissie-Deetman ziet zich een verstoring van de trias politica voordoen.⁷³ En dit vormen nog slechts enkele voorbeelden van de in de literatuur kenbare uitingen van de sentimenten van politici ten aanzien van rechters en rechtspraak. Het besprokene in fractiekamers en wandelgangen in de residentie zou een meer compleet beeld kunnen opleveren.

Een logisch sluitstuk van de controle op de uitoefening van de wetgevende bevoegdheid in een democratische rechtsstaat vormt constitutioneel toetsingsrecht.⁷⁴ Voor schrapping van het toetsingsverbod in onze Grondwet valt echter niet de vereiste tweederde politieke meerderheid te verwachten.⁷⁵ Tegen deze achtergrond bezien kan worden vastgesteld dat kennelijk onder veel politici de idee leeft dat het primaat van de politiek een onbeperkte betekenis heeft voor zover het de inhoud van de wet betreft. Als er een politieke meerderheid is voor een bepaalde wettelijke maatregel, dan mag de rechter daar geen belemmering tegen opwerpen. Dit zelfde kan worden gezegd van bestuurlijke besluiten, zoals bijvoorbeeld de wens van minister Marij Weggen 'zwart rijden' in het openbaar vervoer te bestrijden door vaststelling van de boete op f 100,-, terwijl de rechter niet tot zo'n hoog bedrag wilde gaan.

68 Zie als methoden van objectivering o.a. de temperings technieken die de HR en de PG in hun advies over constitutioneel toetsingsrecht noemen. *NJCM bulletin* 1992 p 256 c.v.

69 De gelijke behandeling v in vrouwen en mannen in de sociale zekerheid vormt een voorbeeld van onwil. zie *NTB* 1990 p 209 e.v.

70 Dit begrip heb ik in mijn proefschrift uitgewerkt. *De toegang tot de rechter a.w.*

71 L.C. Brinkman. *Genoeg van de staat in Verantwoordelijkheid. Rhetoriek en realiteit*. Zwolle 1989 p 121.

72 *Irma* 1991 p 38 e.v.

73 Kamerstukken II 21 427 a.w.

74 Preadvies van Barendrecht en Koopmans. *NJV* 1992 a.w. E.M.H. Hirsch Ballin en M.L.P. van Houten. Toetsing van wetgeving. sluitstuk van de democratische rechtsstaat. *Namens* 5 september 1989 pp 19 26.

75 J.M. Polak. Lekker toetsen in Maastricht. *NJB* 1992 p 845 846.

76 Let wel: voor de vorming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de jurisprudentie.

Zoals traditioneel in het burgerlijk recht de door de lijdelijke rechter te respecteren (absolute) autonomie van partijen een belangrijke rol speelde en in het bestuursrecht de door de rechter te respecteren (absolute) discretionaire bevoegdheid van het bestuur, geldt thans het primaat van de politiek als noemer voor een in beginsel onbeperkte (en niet gecontroleerde) macht van de wetgever. In die zin verstaan, zou ik de stelling willen verdedigen dat het primaat van de politiek niet meer bestaat. Opmerkelijk is dat het verloop van de discussie over de toelaatbaarheid van onafhankelijke controle door de rechter op het bestuur veel gelijkenis vertoont met die over de controle door de rechter op de wetgever. Struyckens argumenten tegen algemene bestuursrechtspraak luiden (globaal weergegeven) dat *a* de rechter op basis van maatstaven van rechtmatigheid weinig te toetsen heeft aan de toepassing van discretionaire bevoegdheden (het zou daarbij gaan om de doelmatigheid)⁷⁶ en *b* de politieke controle op het bestuur een toereikende waarborg inhoudt voor de burger zodat rechtspraak overbodig is. In deze tijd wordt ten aanzien van de controle door de rechter op de wetgever enerzijds aangevoerd dat de rechter bezwaarlijk zou kunnen toetsen zonder de uitoefening van de overheidstaak te verstoren (Lubbers), en bij die toetsing activistisch is (algemene opvatting) en daarmee de trias politica verstoort (Commissie-Deetman) of 'verflodderd' (Lubbers). Anderzijds wordt betoogd dat de controle op de wetgever uit dient te gaan van de politieke organen (die de wetgever zelf vormen).⁷⁷ Ook hier geldt dezelfde uitkomst als in het debat dat Struycken ingeleid heeft. In de eerste plaats zien we dat de rechter op basis van de vage normen die in grondrechten besloten liggen en eventueel beginselen van behoorlijke wetgeving, zeer goed in staat is om een zodanig objectiverend toetsingskader te ontwikkelen (vergelijkbaar met de objectiverende werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) dat de rechter met inachtneming van het discretionaire karakter van de wetgevende bevoegdheid de grenzen van die bevoegdheid kan toetsen. In de tweede plaats blijkt de waarborg van politieke

controle en deelname van politieke organen aan de uitoefening van de wetgevende bevoegdheid een ontoereikende waarborg tegen onrechtmatige wetgeving.

Dit laatste punt zou ik nader willen uitwerken. Dat het resultaat van de rechtsvoorming door wetgeving niet boven iedere kritiek verheven is, is het gevolg van een veelheid aan oorzaken, die hier slechts kort worden aangeduid. Onze houding tegenover de autoriteit van de wetgever is veranderd in die zin dat vaker dan voorheen de inhoud van wetgeving ter discussie wordt gesteld.⁷⁸ Bovendien draagt de houding van politici ten opzichte van maatschappelijke vraagstukken soms bij tot het ter discussie staan van politieke keuzes met name wanneer expliciet in de samenleving levende opvattingen worden genegeerd.⁷⁹ Onze samenleving is complexer geworden, mede door technologische vernieuwingen en de maatschappelijke ontwikkelingen versnellen zich, zodat de behoefte aan actueel bijgewerkte wetgeving toeneemt.⁸⁰ Onze samenleving raakt steeds meer juridisch geïntendeerd, in die zin dat voor veel uiteenlopende maatschappelijke problemen een oplossing van 'het recht' en daarmee van de rechter verwacht wordt.⁸¹ De politieke oriëntatie op de media (oneerbiedig mediageilheid), de te optimistische gedachten over de sturing van de samenleving en de maakbaarheid van een maatschappelijke ordening door de overheid en de daarmee gepaard gaande bestuurskundige (niet juridische) benadering van wetgeving,⁸² hebben geleid tot een tanende legitimiteit en kwaliteit van wetgeving. Delegatie van wetgevende bevoegdheid heeft geleid tot veel wetgeving van lagere orde die niet door tussenkomst van politieke organen tot stand is gekomen en waarvoor wetgevingsprocedures gelden die van minder waarborgen zijn voorzien. Bovendien sluit de regeldichtheid weinig aan bij de maatschappelijke werkelijkheid. De politieke elite is verbureaucratiseerd en verambtelijkt, waardoor een effectieve scheiding tussen wetgever en bestuur is komen te vervallen en de controlerende kwaliteit van het parlement einstig is aangetast. Daardoor wordt afbreuk gedaan aan de waarborgfunctie die deelname van het parle-

77 Vgl. het Tweede Kamierid Jurgens in zijn rectorie in S&D op mijn bijdrage over rechter en politiek. S&D 1991 469 c.v.

78 T. Koopmans, *Advocatenblad* 1991 a.w. p. 613.

79 Idem, *Preadvies* NJV 1992 a.w. p. 43 c.v.

80 Advies HR en PG NJCM *bulletin* 1992 p. 246 en Schuyt

in De Hoge Raad der Nederlanden a.w.

81 T. Koopmans, *De overbelasting van de rechter* a.w.

82 A.F.M. Brenninkmeijer, *Begroting en werkelijkheid* naar materiele vragen in *Macht en onmacht rond de begroting*, geschriften van de Vereniging voor Bestuurskunde 1989 s. Gravenhage 1990 pp. 66-67.

ment aan het proces van formele wetgeving verleent. Ten opzichte van de belangen van de burger is het parlement vaak geen (onafhankelijk) bewaker van die belangen meer, doch vanwege partijbindingen en regeringsprogramma's en achter de schermen — berucht is het 'Torentje van Lubbers' — gesloten accoorden een partijdi-ge in het bestuurlijke bureaucratische wetge-vingsproces.⁸³ De verkokerde departementale structuur en de daaraan inherente ambtelijke strijd tussen departementen doen afbreuk aan de kwaliteit van wetgeving en dragen ertoe bij dat wetgeving steeds vaker niet aansluit bij de maatschappelijke realiteit.⁸⁴ Het belang van Europese regelgeving neemt toe en de internationale orien-tatie van Nederland wordt steeds sterker voel-baar, terwijl de ambtelijke en politieke oriëntatie op dit punt ontoereikend zijn. De politieke ac-tualiteit is vaak te eenzijdig gericht op budgettai-re vraagstukken, zonder dat oog bestaat voor de onderliggende juridische verplichtingen.⁸⁵ Ten slotte wordt duidelijk dat de taakopvatting van kamerleden en de kwaliteit van hun inbreng niet steeds in overeenstemming zijn met de grote verantwoordelijkheid die zij dragen. De reactie van de kiezer, bestaande in het wegblijven bij verkiezingen en steunverlening aan partijen met minder frisse opvattingen, draagt ertoe bij dat het vertrouwen in de politiek verder wordt aan getast. Dit vormt een moeilijk omkeerbaar pro-ces, omdat de vertrouwensschade die inmiddels is aangericht slechts stukje bij beetje weer terug gewonnen kan worden door duidelijke verbetering van de kwaliteit van het politieke optreden. Dit zijn kritische geluiden, die echter niet als grond hebben dat ik geen oog zou hebben voor de waarde van de democratie. Anders dan Jur-gens mij wel eens heeft aangewreven: toon ik met deze kritiek geen 'minder parlementaire ge-zindheid' en ben ik op mijn beurt verbaasd dat kritiek uiten op het functioneren van onze par-lementaire democratie kennelijk als ongewenst wordt beschouwd. Voor Jurgens speciaal citeer ik graag de minister van Justitie in zijn nota 'Zicht op wetgeving' waarin een belangrijk deel van bovenstaande kritiekpunten — in wat min-

der confronterende bewoordingen — is terug te vinden.⁸⁶

Nog te vaak wordt er in de samenleving in de poli-tiek en in de diverse stadia van het proces van beleids-vorming en wetgeving van uitgegaan dat het totstand-brengen van een wet aldoende zal zijn om de gewenste veranderingen in maatschappelijke processen in het gedrag van groepen en individuen teweeg te brengen. De keuze voor de wet als instrument is niet zelden ge-baseerd op overspannen verwachtingen van wat wetten kunnen en wat de overheid kan. De politieke ambities zijn hoog, de mogelijkheden voor de overheid om ge-dragverandering te realiseren zijn echter beperkt. Deze ambities kunnen gemakkelijk leiden tot onnodig of te snel en ondoordacht grijpen naar wetgeving en daarmee tot het ontstaan van wegwetprecht. Dat tast de geloofwaardigheid van de wetgever en daarmee het vertrouwen in de overheid aan, ook in *algemeen* zin.⁸⁷

Deze laatste zin kan worden vertaald met de constatering dat de legitimatie van de wetgever tanende is en deze constatering is ook afkomstig van de kamerbreed samengestelde commissie Deetman. Tegenover de tanende legitimatie van de wetgevende organen staat toenemende legiti-matie van de rechterlijke organen en de rechts-vorming door de rechter.

De waardering van de rechtsvorming door de rechter

Legitimatie vormt geen theoretisch gegeven. In theorie kan wel gesteld worden dat een democra-tie, gebaseerd op parlementaire vertegenwoordi-ging door periodiek verkozen vertegenwoordi-gers, legitimatie geniet, doch voor de maatschap-pelijke realiteit heeft dit theoretische model wei-nig betekenis. Democratie wortelt in een maatschappelijk gesteunde traditie van bescherming van rechten van minderheden en een voortduren de oriëntatie op het zich ontwikkelende maatschappelijk normen en waardenpatroon. Rechts-vorming in een democratische rechtsstaat dient hierop gebaseerd te zijn. Daarbij doet niet ter-zake of deze rechtsvorming de vrucht is van wet-

83 M. Scheltma in: P. van Dijk (red.), *aw*.

84 Als voorbeeld kan worden genoemd de veelheid aan on-verantwoorde en irreële beperkingen op de toegang tot de rechter die — als vrucht van intensief interdepartementaal overleg — in de AWB besloten liggen.

85 Financiële normen en rechtsnormen. *NJB* 1988, p. 1164, c.v. F.M.H. Hirsch-Ballin. Rechtsvorming door wetge-

ving. Aanzet voor een postmodernistische wetgevings-theorie. *Bouwwicht* 1989, pp. 487-496 (490).

86 Nog daargelaten de inhoud van de nota's die binnen de PvdA en het CDA over het functioneren van kamerleden zijn verschenen.

87 *Kamerstukken II* 1990-1991, 22.008, nr. 2, p. 11.

geving door de wetgevende organen, door bestuursorganen of af te leiden valt uit jurisprudentie van de rechter. Feit is dat in onze rechtsorde de rechtsvorming in een complexe gelede overheidsorganisatie plaatsvindt. Niet alleen de wetgever is belast met rechtsvorming, doch ook het (gedecentraliseerde) bestuur en de rechter. Naarmate de overheidsinvloed op de samenleving toeneemt, wordt meer wetgevende bevoegdheid gedelegeerd, worden door de rechter nader te interpreteren vage termen gehanteerd en worden vaker ruime beoordelingsmarges aan de rechter gegeven. De hieraan inherente nadere rechtsvorming door het bestuur en de rechter moet evenzeer aansluiten bij het zich ontwikkelende normen- en waardenpatroon als wetgeving zelf.⁸⁸ De praktijk leert dat ten aanzien van sommige onderwerpen de rechtsvorming door de rechter en soms het bestuur — beter dan rechtsvorming door wetgeving — bijdraagt tot die aansluiting.

De bron van de legitimatie van rechtsvorming door de wetgever, het bestuur en de rechter is identiek. Het *proces* van wetgeven kan waarborgen scheppen voor die legitimatie, doch ook in een zorgvuldig bestuurlijk *proces* — zie de Algemene wet bestuursrecht — en een eerlijk *proces* voor de rechter zijn dergelijke waarborgen aan te wijzen.⁸⁹ Het spreekt voor zich dat de politieke elite ten aanzien van het maatschappelijk normen- en waardenpatroon een leidende en imiterende rol kan vervullen, dit betekent echter in geen dele dat de politieke elite het maatschappelijk normen- en waardenpatroon zoals zich dat feitelijk ontwikkeld heeft, kan negeren. Dat vormt naar mijn mening de bron van de in de media in deze tijd vaak geconstateerde 'kloof' tussen Den Haag en de rest van Nederland. Het Haagse normen- en waardenpatroon ontwikkelt zich met een eigen dynamiek soms in een andere richting dan in de samenleving.

Afgezien van deze belangrijke vooronderstelling van rechtsvorming, vallen nog twee aspecten van de toenemende maatschappelijke betekenis van rechtsvorming door de rechter te onderscheiden.

In de eerste plaats kan de toenemende betekenis van rechtspraak bezien worden tegen de achtergrond van de werking van de trias politica.

Eerder is gesteld dat de staatsrechtelijke waarborgfunctie van de trias politica gevonden moet worden niet alleen in de spreiding van macht door scheiding van macht, maar ook — in samenhang hiermee — in de werking van 'checks and balances' in het constitutionele systeem. Traditioneel is in de trias de spanning tussen de politieke macht van de wetgever (parlement) en de politieke macht van het bestuur (de regering). In de Nederlandse constitutie wordt de wetgevende macht uitgeoefend door regering en parlement gezamenlijk en de politieke praktijk leert dat de parlementaire controle op het bestuur (mede als gevolg van monistische tendensen) eveneens heeft geleid tot samenvloering van beide staatsmachten: regering en parlement. Dit betekent dat de trias neigt naar een 'duas'.⁹⁰ Tegenover het politieke blok in deze duas staat geen andere politieke macht. In de constitutionele ordening blijft slechts de rechter over als tegenwicht tegenover deze samenklontering van politieke macht in het 'democratische bestuur'. Ik spreek hier van constitutionele ordening, als abstractie. Opmerkelijk is immers dat in deze tijd ook de controlerende rol van de Eerste Kamer aan betekenis wint. Kennelijk vormt het een constitutionele realiteit dat machtsvoering binnen een gedifferentieerde constitutionele ordening leidt tot de vorming van een tegenmacht. In de woorden van Montesquieu: 'le pouvoir arrête le pouvoir'.⁹¹ In onze constitutionele ordening is het kennelijk ook de rechterlijke macht die een bijdrage gaat leveren aan handhaving van het evenwicht in het stelsel van 'checks and balances' en in die zin is de rechter in de trias geen 'pouvoir neutre' meer zoals Montesquieu voor ogen stond. In die zin kan worden gesteld dat de idee van de machtscheiding in onze rechtsorde een goede uitwerking vindt en dat de Commissie Deetman die in verband met de toenemende betekenis van rechtsvoorming door de rechter spreekt over een versterking van de trias politica de plank mis slaat.

In de tweede plaats komt aan het toenemende maatschappelijke gewicht van de rechtsvorming door de rechter nog een geheel andere betekenis toe. Twee jurisprudentie ontwikkelingen spelen in het oog.

88 J.M. Brundrecht a.w.

89 M. Shapiro: 'The US Administrative Procedure Act and the European Community in *Nieuw Europees constitutioneel recht*' Nijmegen 1992, pp. 49-55.

90 Met dank aan Jurgens voor zijn exegese op dit punt. *S&D* 1991, p. 474, nt. 24.

91 De toegang tot de rechter a.w. p. 125 e.v.

- a de toegang tot de rechter is in de loop van deze eeuw en met name de laatste jaren verbreed en,
- b de rechter heeft vage (ongeschreven) beginselen en grondrechten uitgewerkt tot een *hanteerbaar juridisch toetsingskader* dat een objectiverende toetsing van de uitoefening van discretionaire bevoegdheden mogelijk maakt

Hoewel deze jurisprudentie-ontwikkelingen gezien kunnen worden als een nationale aanleggenheid, moet worden vastgesteld dat ook de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens en van het Hof van Justitie in dezelfde richting wijzen.⁹² Welke betekenis hebben deze ontwikkelingen? Enerzijds verkrijgt het rechtssubject, de burger, het individu een effectief middel om juridisch rechten af te dwingen. Anderzijds werkt de rechter in de jurisprudentie juist op de bescherming van individuele belangen gerichte toetsingsmaatstaven uit. Beide jurisprudentie-ontwikkelingen kunnen worden samengevat onder de noemer *rechtsbescherming*.⁹³ Kenmerkend voor de rechtsontwikkeling na de Tweede Wereldoorlog is dat — mede als reactie op de verschrikkingen van het nationaal socialisme dat langs formeel democratische weg aan de macht was gekomen — de burger individuele rechten krijgt die effectief door een beroep op een onafhankelijk rechter gewaarborgd worden. In het rechtsbeschermingsperspectief ligt besloten — op geheel andere wijze dan in het stelsel van 'checks and balances' — dat de rechter tegenover de politieke-bestuurlijke macht de burger beschermt in zijn of haar individuele rechten. In het strafrecht gaat het om de repressie die uit kan gaan van de strafdreiging, in het bestuursrecht en het constitutionele recht om de macht van overheidsorganen in vele maatschappelijke verbanden. Het rechtsbeschermingsperspectief heeft echter ook buiten de overheid betekenis, doordat in het burgerlijk recht voor de rechtsverhouding tussen burgers onderling eisen van redelijkheid en billijkheid aan betekenis winnen.

Inherent aan het karakter van de rechtsbescherming van het individu is dat specifiek de rechter op dit terrein een rechtsvormende taak heeft. De jurisprudentie leert dat de rechtsvor-

ming door de rechter gericht is op de ontwikkeling en concretisering van — voor de bescherming van het individu van essentieel belang zijnde — vage normen en toetsingsmaatstaven, zoals beginselen van behoorlijkheid, redelijkheid en billijkheid en grondrechten. De waarde van deze toetsingsmaatstaven is niet omstreden. Naarmate de jurisprudentie over deze toetsingsmaatstaven meer uitgekristalliseerd raakt, wordt duidelijk dat het hier om een algerond geheel van normen gaat dat specifiek is toegesneden op de bescherming van de positie van de individuele burger in onze rechtsorde.

Ten slotte

De ontwikkelingen die hiervoor zijn aangeduid zijn zeer complex en vormen deel van de geschiedenis van vandaag, die voor ons zo moeilijk zichtbaar is en moeilijk onder woorden te brengen is. De door het recht gewaarborgde positie van de individuele burger in onze samenleving draagt het karakter van een ingewikkeld netwerk. De woorden en zinnen hiervoor zijn steeds te lineair om het fenomeen goed te beschrijven. Samenvatten is nog moeilijker. Als gesproken wordt over rechterlijk activisme, dan wordt daarmee gewezen op een exces, of minstens op een tot grote waakzaamheid nopen spanningveld. Dit spanningsveld betreft de verhouding tussen individu en gemeenschap, tussen bijzonder en algemeen, tussen vonnis en wet. De burger is in onze rechtsorde beschermd door de algemeenheid van de wet en door het bijzondere van de eigen beschermde rechtspositie. Beide elementen van het recht — algemeen en bijzonder, orde en rechtvaardigheid, gerechtigheid —⁹⁴ verlangen een subtiel en bij de actualiteit aansluitende afstemming. Dit afstemmen is niet statisch en onveranderbaar, doch is een proces. Waarom voldoet het Burgerlijk Wetboek van 1838 nu niet meer? Waarom heeft de rechter bij de toepassing van het burgerlijk recht een zwaardere taak dan in de vorige eeuw?⁹⁵ Dit zijn haast retorische vragen. Zowel ten aanzien van het afstemmen op de actualiteit van het recht, als ten aanzien van de waarborging van de rechtspositie

92 T. Koopmans, 'Rechterlijk activisme in Europeesrechtelijk perspectief', in P. van Dijk (red.) *a.w.*

93 Advies HR en PG in *NJCM bulletin* 1992, pp. 251-252.

94 J.C.M. Leijten, 'Sluip en dwaalwegen naar de gerechtig-

heid', *Tijdschrift voor privaatrecht* 1989, p. 445 e.v.

95 G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle 1985.

van de individuele burger levert de rechter een onmisbare bijdrage aan het proces van rechtsvorming. Ik zou in dit verband niet van 'rechterlijk activisme' willen spreken in de zin van een excessieve taakvervulling door de rechter. De rechter is actief in die zin dat hij de juridisch effectieve veiligstelling van de belangen van het individu rechtsvormend in aan hem voorgelegde geschillen nastreeft. Daarbij blijkt het prismaat van

de politiek een ondeugdelijk uitgangspunt. De ontwikkeling van algemene rechtsbescherming en een objectiverend toetsingskader draagt bij tot de vestiging van *het prismaat van het recht*. Hoewel de laatste woorden 'grote woorden' zijn, vormen zij volgens mij de kern van de rechtsstaatsgedachte. De rechtsstaatsgedachte is geen '-isme'.